

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.D. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. J.D.

2022 SCC 15

File No.: 39370.

Hearing and judgment: November 10, 2021.

Reasons delivered: April 22, 2022.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Trial — Continuation of proceedings before another judge — Evidence — Admissibility — Legal framework governing admissibility in evidence in trial that is commenced again, as evidence on merits, of transcripts of testimony from first trial that have been filed with consent of parties — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2(3).

In 2012, the accused was charged with 18 counts of sexual offences committed between 1974 and 1993 that involved victims who were minors, including his daughter and his son. The hearing of the prosecution's evidence began in March 2016 before a first judge of the Court of Québec. The daughter of the accused gave her testimony, both in chief and in cross-examination. Then the accused suffered an attack and the case was postponed for a later date. During the period of the stay of proceedings, the judge fell ill. More than a year later, he was replaced and a new trial was scheduled to be held before another judge.

Under s. 669.2(3) of the *Criminal Code*, if a trial commences again before a new judge sitting alone and no adjudication was made or verdict rendered, the new judge must commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken. In this case, counsel for the parties, by common agreement, filed the transcript of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.D. *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.D.

2022 CSC 15

N° du greffe : 39370.

Audition et jugement : 10 novembre 2021.

Motifs déposés : 22 avril 2022.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Continuation des procédures devant un autre juge — Preuve — Admissibilité — Cadre juridique régissant l'admissibilité en preuve, lors d'un procès recommencé, de transcriptions de témoignages rendus lors d'un premier procès, pour valoir comme preuve au fond, lorsque celles-ci sont déposées avec le consentement des parties — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2(3).

En 2012, l'accusé est inculpé de 18 chefs d'accusation pour des infractions de nature sexuelle commises entre 1974 et 1993 à l'endroit de victimes mineures, dont sa fille et son fils. En mars 2016, l'audition de la preuve de la poursuite s'amorce devant un premier juge de la Cour du Québec. La fille de l'accusé témoigne, tant en chef qu'en contre-interrogatoire. Puis, l'accusé éprouve un malaise et le dossier est remis à une date ultérieure. Pendant la suspension du procès, le juge tombe malade. Plus d'un an plus tard, il est remplacé et un nouveau procès est fixé devant un autre juge.

En vertu du par. 669.2(3) du *Code criminel*, lorsqu'un procès recommence devant un nouveau juge siégeant seul et qu'aucune décision ou aucun verdict n'a été rendu, ce dernier doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée. En l'espèce, d'un commun accord, les avocats des parties versent la transcription du

testimony of the daughter of the accused in the record, and it was admitted by the new judge as evidence on the merits. Three other complainants then testified for the prosecution, and the judge found the accused guilty on 9 of the 18 counts. But the Court of Appeal concluded that the new judge should not have accepted that the testimony of the daughter of the accused be filed without ensuring that the consent of the accused was voluntary, informed and unequivocal and that the filing of the testimony in question would not undermine the fairness of the trial. It therefore ordered a new trial on the counts concerning the daughter of the accused (counts 1 and 2), but also on those relating to his son (counts 9 to 13), because one of the acts alleged against the accused concerned an incident involving both his daughter and his son.

Held: The appeal should be allowed and the convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13 restored.

Section 669.2(3) of the *Criminal Code* does not bar a transcript of testimony given at a first trial from being filed as evidence on the merits in a second trial. There is no reason to require, as the Court of Appeal did, an inquiry that is not provided for by law where the parties have consented to the filing of the transcript. Such an inquiry would completely alter the judge's role, minimize the judge's ability to assess the transcript of prior testimony and run counter to the presumption of the competence of counsel. Absent evidence to the contrary, waiver of a procedural right by counsel for an accused is presumed to be intentional.

The grammatical and ordinary sense of the words of s. 669.2 is clear and Parliament's intention is evident. Where a trial is by judge alone, the new judge must commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken and may not require the parties, or one of them, to file evidence from the first trial. But because the section concerns jurisdiction and not evidence, it does not preclude the application of the usual rules with respect to the presentation of evidence. At the outset of the second trial, both the prosecution and the defence are free to proceed as they see fit as regards the presentation of their evidence; they may elect to proceed by filing transcripts of prior testimony. This choice is a tactical decision that resembles other decisions of the same nature in which the judge need not intervene. For the transcript of testimony given at the first trial to be admitted in the second trial as evidence on the merits, all that is needed is that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed.

témoignage de la fille de l'accusé au dossier, laquelle est admise par le nouveau juge pour valoir comme preuve au fond. Trois autres plaignants témoignent ensuite pour la poursuite, et le juge déclare l'accusé coupable de 9 des 18 chefs d'accusation. Cependant, la Cour d'appel conclut que le nouveau juge n'aurait pas dû accepter que le témoignage de la fille de l'accusé soit versé au dossier sans s'assurer que le consentement de l'accusé était libre, éclairé et non équivoque et que le versement du témoignage en question ne porterait pas atteinte à l'équité du procès. Elle ordonne donc la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'accusation concernant la fille de l'accusé (chefs 1 et 2), mais aussi relativement à ceux visant le fils de l'accusé (chefs 9 à 13) puisqu'un des gestes reprochés à l'accusé est lié à un événement mettant en cause à la fois la fille et le fils de l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13 sont rétablis.

Le paragraphe 669.2(3) du *Code criminel* n'empêche pas que la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès soit déposée comme preuve au fond lors du second procès. Il n'y a pas lieu d'imposer une enquête non prévue par la loi, comme l'a fait la Cour d'appel, lorsque les parties consentent au dépôt de la transcription. Une telle enquête dénature le rôle du juge, minimise sa capacité à apprécier la transcription d'un témoignage antérieur et va à l'encontre de la présomption de compétence de l'avocat. La renonciation à un droit de nature procédurale formulée par l'avocat de l'accusé est présumée volontaire, à moins d'une preuve contraire.

Le sens ordinaire et grammatical du libellé de l'art. 669.2 est clair et l'intention du législateur est manifeste. Lorsque le procès se déroule devant un juge seul, le nouveau juge doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée et ne peut imposer aux parties, ou à l'une d'elles, de verser la preuve faite lors du premier procès. Or, puisque la disposition concerne la juridiction et non la preuve, elle ne fait pas obstacle à l'application des règles habituelles en matière d'administration de la preuve. Dès le début du second procès, tant la poursuite que la défense sont libres de procéder à leur guise en ce qui a trait à l'administration de leur preuve; elles peuvent choisir de procéder par le dépôt de la transcription des témoignages antérieurs. Ce choix est une décision stratégique similaire à d'autres décisions de ce type dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer. Pour que la transcription d'un témoignage rendu lors du premier procès puisse être admise comme preuve au fond dans le cadre du second procès, il suffit que cette transcription soit dûment déposée et que les parties y consentent.

However, s. 669.2 does not eliminate the judge's residual discretion. As the gatekeeper for trial fairness, the judge retains at all times the power to inquire on his or her own initiative even where doing so is required neither by statute nor at common law. Where there are indications suggesting that the consent of the accused might be vitiated, the court should exercise its residual discretion and investigate further in order to ensure that the consent of the accused to the procedure is voluntary and informed. Section 669.2 does not eliminate the judge's power not to allow a transcript to be filed if he or she finds that the prejudicial effect of filing it would undermine the fairness of the trial. A judge who finds that trial fairness is undermined must intervene.

In this case, the new judge did not unilaterally require the parties to file the transcripts from the first trial. The transcript of the testimony of the daughter of the accused was duly filed and the parties consented to its being filed. There were no indications that might have led the new judge to question the consent of the accused. The second trial of the accused was therefore fair.

Cases Cited

Considered: *Gauthier v. R.*, 2020 QCCA 751; *Jetté v. R.*, 2020 QCCA 750; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. A.A.*, 2012 ONSC 3270; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *Dallaire v. R.*, 2021 QCCA 785; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64; *R. v. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722; *R. v. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441; *Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *R. v. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359; *Guenette v. R.*, 2002 CanLII 7883; *R. v. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284; *M.R. v. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182; *Jarrah v. R.*, 2017 QCCA 1869; *R. v. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 606(1.1), Part XX, 669.2 [am. 1994, c. 44, s. 65].

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

L'article 669.2 ne retire toutefois pas au juge son pouvoir discrétionnaire résiduel. En tant que gardien de l'équité du procès, le juge conserve toujours le pouvoir de faire enquête, de son propre chef, même si celle-ci n'est pas requise par la loi ou la common law. Lorsque certains indices portent à croire que le consentement de l'accusé pourrait être vicié, le tribunal devrait user de sa discrétion résiduelle et investiguer davantage afin de s'assurer que le consentement de l'accusé à la procédure est libre et éclairé. L'article 669.2 ne retire pas au juge le pouvoir de refuser le dépôt d'une transcription s'il est d'avis que son effet préjudiciable minerait l'équité du procès. S'il constate une atteinte à l'équité du procès, il doit intervenir.

En l'espèce, le nouveau juge n'a pas, unilatéralement, imposé aux parties de verser les transcriptions du premier procès. La transcription du témoignage de la fille de l'accusé a été dûment déposée au dossier et les parties y ont consenti. Il n'y avait aucun indice qui aurait pu mener le nouveau juge à remettre en question le consentement de l'accusé. Le second procès de l'accusé était donc équitable.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Gauthier c. R.*, 2020 QCCA 751; *Jetté c. R.*, 2020 QCCA 750; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. A.A.*, 2012 ONSC 3270; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *Dallaire c. R.*, 2021 QCCA 785; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64; *R. c. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722; *R. c. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441; *Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *R. c. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359; *Guenette c. R.*, 2002 CanLII 7883; *R. c. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284; *M.R. c. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182; *Jarrah c. R.*, 2017 QCCA 1869; *R. c. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 606(1.1), partie XX, 669.2 [mod. 1994, c. 44, art. 65].

Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Hamilton and Moore JJ.A.), 2020 QCCA 1108, [2020] AZ-51705644, [2020] J.Q. n° 5677 (QL), 2020 CarswellQue 9016 (WL), setting aside in part a decision of Chevalier J.C.Q., 2017 QCCQ 19515, [2017] AZ-51514590, [2017] J.Q. n° 22699 (QL), 2017 CarswellQue 12862 (WL). Appeal allowed.

Nicolas Abran and Isabelle Bouchard, for the appellant.

Martin Binet, for the respondent.

James V. Palangio and Nicolas de Montigny, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] This appeal affords this Court a first opportunity to interpret s. 669.2(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which lays down the rules that apply if a trial judge dies or is unable to continue when no adjudication has been made or verdict rendered. The key issue concerns the rules of evidence in a trial commenced again before a new judge sitting alone. The parties are asking this Court to rule on the legal framework governing the admissibility in evidence in a trial that is commenced again, as evidence on the merits, of transcripts of testimony from a first trial that have been filed by mutual consent.

[2] Section 669.2(3) provides that the judge before whom the proceedings are continued must, if the trial was before a judge alone and no adjudication was made or verdict rendered, commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken. However, s. 669.2 says nothing about whether evidence adduced before the first judge may be

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Hamilton et Moore), 2020 QCCA 1108, [2020] AZ-51705644, [2020] J.Q. n° 5677 (QL), 2020 CarswellQue 9016 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Chevalier, 2017 QCCQ 19515, [2017] AZ-51514590, [2017] J.Q. n° 22699 (QL), 2017 CarswellQue 12862 (WL). Pourvoi accueilli.

Nicolas Abran et Isabelle Bouchard, pour l'appelante.

Martin Binet, pour l'intimé.

James V. Palangio et Nicolas de Montigny, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi offre à notre Cour l'occasion d'interpréter pour la première fois le par. 669.2(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, lequel énonce les règles applicables en cas de décès ou d'incapacité du juge du procès d'assumer ses fonctions, lorsqu'aucune décision ni aucun verdict n'a encore été rendu. La question des règles d'administration de la preuve, lors du procès recommencé devant un nouveau juge siégeant seul, se trouve au cœur du litige. Les parties demandent à notre Cour de se prononcer sur le cadre juridique régissant l'admissibilité en preuve, lors d'un procès recommencé, de transcriptions de témoignages rendus lors d'un premier procès, pour valoir comme preuve au fond, lorsque celles-ci sont déposées par consentement mutuel.

[2] Le paragraphe 669.2(3) précise que le juge devant qui les procédures se poursuivent doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée, lorsque le procès a lieu devant un juge seul et qu'aucune décision ou aucun verdict n'a été rendu. Toutefois, rien dans l'art. 669.2 n'indique s'il est permis de soumettre la preuve présentée

adduced as evidence on the merits in the trial that is commenced again.

[3] Although it is common ground that such evidence can be filed at the trial that is commenced again, the parties disagree on the test to be applied when the prosecution and the accused consent to the filing of a transcript of testimony heard by the judge before whom the trial first commenced. The Quebec Court of Appeal, relying on the rule that testimony is conventionally given orally at trial, proposed a two-part inquiry. First, the court must — even if the accused is represented by counsel — determine whether the consent of the accused is voluntary, informed and unequivocal. Second, the court must ensure that the filing of the evidence will not undermine the fairness of the trial. The appellant, Her Majesty the Queen, has appealed to this Court, arguing that the Court of Appeal erred by requiring an inquiry that is not provided for by law.

[4] With all due respect, I conclude that the Court of Appeal erred in its interpretation and application of s. 669.2. There is no reason to require an inquiry that is not provided for by law where the parties have consented to the filing, in a trial that was commenced again, of a transcript of testimony given at a first trial. Such an inquiry would completely alter the judge's role, minimize the judge's ability to assess the transcript of prior testimony and run counter to the presumption of the competence of counsel.

[5] At the end of the hearing before us, this Court allowed the appeal and restored the convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13, with reasons to follow. These are the reasons.

II. Background

[6] The respondent, J.D., was charged in 2012 with 18 counts of sexual offences involving victims who were minors that were committed between 1974 and 1993. Two of the complainants were his children C.D. and S.D., while the other two were his nephew and niece.

devant le premier juge, afin de valoir comme preuve au fond dans le procès recommencé.

[3] S'il existe un consensus sur le fait qu'il est possible qu'une telle preuve soit déposée lors du procès recommencé, les parties ne s'entendent pas sur le test à appliquer lorsque la poursuite et l'accusé consentent au dépôt de la transcription d'un témoignage entendu par le juge devant qui le procès a débuté. Se fondant sur la règle voulant que le témoignage soit traditionnellement rendu de vive voix au procès, la Cour d'appel du Québec propose une enquête en deux temps. D'abord, le tribunal doit vérifier si le consentement de l'accusé — même s'il est représenté par avocat — est libre, éclairé et non équivoque. Ensuite, le tribunal doit s'assurer que le versement de la preuve ne portera pas atteinte à l'équité du procès. L'appelante, Sa Majesté la Reine, se pourvoit devant notre Cour, estimant que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant une enquête non prévue par la loi.

[4] Avec beaucoup d'égards, je suis d'avis que la Cour d'appel se méprend dans son interprétation et son application de l'art. 669.2. Il n'y a pas lieu d'imposer une enquête non prévue par la loi lorsque les parties consentent au dépôt, dans le cadre d'un procès recommencé, de la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès. Une telle enquête dénature le rôle du juge, minimise sa capacité à apprécier la transcription d'un témoignage antérieur et va à l'encontre de la présomption de compétence de l'avocat.

[5] Au terme de l'audience devant nous, notre Cour a accueilli l'appel et a rétabli les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

II. Contexte

[6] L'intimé, J.D., est accusé en 2012 de 18 chefs d'accusation pour des infractions de nature sexuelle commises à l'endroit de victimes mineures entre 1974 et 1993. Deux des plaignants sont ses enfants, C.D. et S.D., alors que les deux autres sont son neveu et sa nièce.

[7] The hearing of the prosecution's evidence began on March 29, 2016, before Judge Valmont Beaulieu of the Court of Québec. C.D., the daughter of the accused, gave her testimony, both in chief and in cross-examination, on March 29 and 30. On March 30, 2016, the respondent suffered an attack, and the case was postponed for a later date. During the period of the stay of proceedings, Judge Beaulieu fell ill.

[8] The case would be postponed several times until, more than a year later, in April 2017, the Court of Québec informed the parties that Judge Beaulieu would be replaced under s. 669.2 of the *Criminal Code*. A new trial was scheduled to begin on September 18, 2017, before Judge Paul Chevalier.

[9] Only C.D. had been heard by the first trial judge. On June 16, 2017, the coordinating judge for the district sent a letter to counsel for the parties that noted their consent to having the transcript of C.D.'s testimony given to the new judge. As a result, counsel for the parties, by common agreement, filed the transcript of C.D.'s testimony in the record. At the opening of the second trial, on September 18, 2017, counsel for the defence reiterated his consent and the transcript of C.D.'s testimony was admitted by Judge Chevalier as evidence on the merits.

III. Judicial History

A. *Court of Québec, 2017 QCCQ 19515 (Judge Chevalier)*

[10] In addition to the transcript filed in lieu of testimony of C.D., three other complainants, including S.D., the respondent's son, testified for the prosecution and described in detail the assaults they had allegedly experienced during their childhood. The assaults recounted by S.D. were corroborated in part by the testimony of C.D., the transcript of which had been filed in the record.

[11] After analyzing the whole of the facts for each complainant, Judge Chevalier found the respondent guilty on 9 of the 18 counts, ordered a conditional stay of proceedings on 2 of the counts and acquitted him

[7] Le 29 mars 2016, l'audition de la preuve de la poursuite s'amorce devant le juge Valmont Beaulieu de la Cour du Québec. La fille de l'accusé, C.D., témoigne les 29 et 30 mars, tant en chef qu'en contre-interrogatoire. Le 30 mars 2016, l'intimé éprouve un malaise et le dossier est remis à une date ultérieure. Pendant la suspension du procès, le juge Beaulieu tombe malade.

[8] Le dossier sera remis à plusieurs reprises jusqu'à ce que, plus d'un an plus tard, en avril 2017, la Cour du Québec informe les parties que le juge Beaulieu sera remplacé en vertu de l'art. 669.2 du *Code criminel*. Un nouveau procès est fixé pour commencer le 18 septembre 2017 devant le juge Paul Chevalier.

[9] Seule C.D. avait été entendue par le juge du premier procès. Le 16 juin 2017, la juge coordonnatrice du district envoie une lettre aux avocats des parties, laquelle fait état de leur consentement à ce que la transcription du témoignage de C.D. soit remise au nouveau juge. En conséquence, d'un commun accord, les avocats des parties versent la transcription du témoignage de C.D. au dossier. À l'ouverture du second procès, le 18 septembre 2017, l'avocat de la défense réitère son consentement et la transcription du témoignage de C.D. est admise par le juge Chevalier pour valoir comme preuve au fond.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2017 QCCQ 19515 (le juge Chevalier)*

[10] En plus de la transcription déposée pour valoir témoignage de C.D., trois autres plaignants, dont S.D., le fils de l'intimé, témoignent pour la poursuite et décrivent en détail les agressions qu'ils auraient vécues dans leur enfance. Les agressions relatées par S.D. sont, en partie, corroborées par le témoignage de C.D. dont la transcription a été versée au dossier.

[11] Après avoir analysé l'ensemble des faits pour chaque plaignant, le juge Chevalier déclare l'intimé coupable de 9 des 18 chefs d'accusation, prononce un arrêt conditionnel des procédures sur 2 des chefs et

on 7 other counts, 6 concerning C.D. and the only one concerning J.J.D., another of the respondent's children.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 1108 (Dutil, Hamilton and Moore JJA.)*

[12] In the Court of Appeal, five issues with regard to the convictions were stated. Only one of them is relevant to the appeal in this Court: Did the trial judge err in allowing the testimony of C.D., given before another judge, to be filed in the record?

[13] Hamilton J.A., writing for a unanimous court, stressed that the rule stated in s. 669.2(3) of the *Criminal Code* requires the new judge to commence the trial again in its entirety. The Court of Appeal relied on *Gauthier v. R.*, 2020 QCCA 751, and *Jetté v. R.*, 2020 QCCA 750, in which it had ordered new trials in contexts similar to the one in the case at bar. In *Gauthier* and *Jetté*, the Court of Appeal had held that the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge. However, the new judge must not accept that the testimony be filed in the record unless satisfied that the consent of the accused is voluntary, informed and unequivocal. The new judge must also be satisfied that filing the evidence that was adduced before the first judge will not undermine the fairness of the trial.

[14] The Court of Appeal concluded that [TRANSLATION] “the trial judge should not have accepted that [C.D.]’s testimony be filed without ensuring that the consent of the [accused] was voluntary, informed and unequivocal and that the filing of [C.D.]’s testimony would not undermine the fairness of the trial” (para. 36 (CanLII)). If he was not satisfied in this regard, he should not have allowed the evidence in question to be filed as evidence on the merits and should have commenced the trial again in its entirety. In the Court of Appeal’s view, even though the evidence adduced before the first judge was limited to C.D.’s testimony, it was important evidence in a case in which credibility was key.

l’acquitte de 7 autres chefs, soit 6 concernant C.D. et le seul concernant J.J.D., un autre enfant de l’intimé.

B. *Cour d’appel du Québec, 2020 QCCA 1108 (les juges Dutil, Hamilton et Moore)*

[12] Devant la Cour d’appel, cinq questions en litige concernant les déclarations de culpabilité sont formulées. Une seule de ces questions est pertinente pour les fins du pourvoi devant notre Cour, soit : le juge de première instance a-t-il commis une erreur en permettant que le témoignage de C.D., rendu devant un autre juge, soit versé au dossier?

[13] Le juge Hamilton, rédigeant la décision unanime de la cour, souligne que la règle édictée au par. 669.2(3) du *Code criminel* oblige le nouveau juge à recommencer l’instruction au complet. La Cour d’appel s’appuie sur les arrêts *Gauthier c. R.*, 2020 QCCA 751, et *Jetté c. R.*, 2020 QCCA 750, dans lesquels elle avait ordonné de nouveaux procès dans des contextes similaires à celui en l’espèce. Dans *Gauthier* et *Jetté*, la Cour d’appel a reconnu que l’accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge. Le nouveau juge doit toutefois refuser que le témoignage soit versé au dossier à moins d’être convaincu que le consentement de l’accusé est libre, éclairé et non équivoque. Le nouveau juge doit également être satisfait que le versement de la preuve faite devant le premier juge ne porte pas atteinte à l’équité du procès.

[14] La Cour d’appel conclut que « le juge de première instance n’aurait pas dû accepter que le témoignage de [C.D.] soit versé au dossier sans s’assurer que le consentement de l’[accusé] était libre, éclairé et non équivoque et que le versement du témoignage de [C.D.] ne porterait pas atteinte à l’équité du procès » (par. 36 (CanLII)). S’il n’en était pas satisfait, il devait refuser que cette preuve soit versée comme preuve au fond et il aurait dû recommencer l’instruction au complet. Selon la Cour d’appel, même si la preuve faite devant le premier juge se limitait au témoignage de C.D., il s’agissait d’une preuve importante dans un dossier où la crédibilité est capitale.

[15] The Court of Appeal ordered a new trial on the counts concerning C.D. (counts 1 and 2), but also on those relating to S.D. (counts 9 to 13), because one of the acts alleged against the respondent concerned an incident involving both C.D. and S.D. C.D.’s testimony was a factor relevant to the assessment of the credibility of the respondent and of S.D., because C.D. had contradicted the respondent and corroborated S.D.’s testimony. [TRANSLATION] “It would therefore be dangerous to affirm the convictions relating to [S.D.] if the trial judge did not hear [C.D.]’s testimony” (para. 41). As a result, a motion to set aside the sentences on counts 1 and 2 with respect to C.D. and on counts 9 to 13 with respect to S.D. was also granted.

[16] As for the other two complainants, the incidents in question did not involve C.D., and her testimony was immaterial other than on secondary points. The Court of Appeal affirmed the convictions on counts 14 and 17 in relation to those two complainants. It also affirmed the sentences on these counts.

IV. Issue

[17] This appeal concerns only the counts with respect to C.D. and S.D. and raises only one question: Did the Court of Appeal err in its interpretation and application of s. 669.2 of the *Criminal Code* by requiring a test that is not provided for by law for assessing the validity of the accused’s consent to the filing, in a second trial, of a transcript of testimony previously given at a first trial?

V. Analysis

[18] The Court of Appeal acknowledged that s. 669.2(3) of the *Criminal Code* does not preclude the application of the usual rules of evidence: [TRANSLATION] “despite subsection 669.2(3) *Cr.C.*, the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge” (para. 33). It nonetheless held that the judge at the second trial must conduct a two-part inquiry. First, that judge must ask whether the consent given by the accused to the

[15] La Cour d’appel ordonne la tenue d’un nouveau procès relativement aux chefs d’accusation concernant C.D. (chefs 1 et 2), mais aussi relativement à ceux visant S.D. (chefs 9 à 13) puisqu’un des gestes reprochés à l’intimé est lié à un événement mettant en cause à la fois C.D. et S.D. Le témoignage de C.D. est un facteur qui pèse dans l’évaluation de la crédibilité de l’intimé et de S.D., car C.D. contredit l’intimé et corrobore le témoignage de S.D. « Il serait donc dangereux de confirmer les condamnations concernant [S.D.] sans que le juge de première instance ait entendu le témoignage de [C.D.] » (par. 41). En conséquence, la requête visant à annuler les peines en lien avec les chefs d’accusation 1 et 2 à l’égard de C.D. et les chefs d’accusation 9 à 13 à l’égard de S.D. est aussi accueillie.

[16] En ce qui a trait aux deux autres plaignants, les événements en question n’impliquent pas C.D., et son témoignage n’a aucune pertinence sauf sur des questions secondaires. La Cour d’appel confirme les condamnations quant aux chefs 14 et 17 relatifs à ces deux plaignants. Elle confirme également les peines pour ces chefs.

IV. Question en litige

[17] Le présent pourvoi ne concerne que les chefs d’accusation relatifs à C.D. et S.D. et ne soulève qu’une seule question : la Cour d’appel se méprend-elle dans son interprétation et son application de l’art. 669.2 du *Code criminel*, en imposant un test non prévu à la loi afin d’évaluer la valeur du consentement donné par l’accusé pour procéder, dans le cadre d’un second procès, au dépôt de la transcription d’un témoignage rendu antérieurement lors d’un premier procès?

V. Analyse

[18] La Cour d’appel reconnaît que le par. 669.2(3) du *Code criminel* ne constitue pas un obstacle à l’application des règles habituelles en matière d’administration de la preuve : « nonobstant le paragraphe 669.2(3) *C.cr.*, l’accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge » (par. 33). Malgré tout, elle décide que le juge du second procès doit tenir une enquête en deux temps. En effet, le juge du second procès doit, dans un premier

filing in evidence of a transcript in lieu of testimony was voluntary, informed and unequivocal. Second, the judge must ensure that admitting prior testimony in evidence will not undermine the fairness of the trial.

[19] The inquiry required by the Court of Appeal exceeds the scope of the jurisdictional function of s. 669.2. With respect, I find that the Court of Appeal erred by imposing a test that is not provided for by law. Absent evidence to the contrary, waiver of a procedural right by counsel for an accused is presumed to be intentional.

A. *Section 669.2 of the Criminal Code*

[20] To answer the question raised by this appeal, a statutory interpretation exercise is required. Section 669.2 reads as follows:

Continuation of proceedings

669.2 (1) Subject to this section, where an accused or a defendant is being tried by

- (a) a judge or provincial court judge,
- (b) a justice or other person who is, or is a member of, a summary conviction court, or
- (c) a court composed of a judge and jury,

as the case may be, and the judge, provincial court judge, justice or other person dies or is for any reason unable to continue, the proceedings may be continued before another judge, provincial court judge, justice or other person, as the case may be, who has jurisdiction to try the accused or defendant.

Where adjudication is made

(2) Where a verdict was rendered by a jury or an adjudication was made by a judge, provincial court judge, justice or other person before whom the trial was commenced, the judge, provincial court judge, justice or other person before

temps, faire enquête sur le caractère libre, éclairé et non équivoque du consentement de l'accusé au dépôt en preuve de notes sténographiques pour valoir témoignage. Dans un second temps, il doit s'assurer que l'admission en preuve d'un témoignage antérieur ne portera pas atteinte à l'équité du procès.

[19] L'enquête imposée par la Cour d'appel outre-passe la fonction juridictionnelle de l'art. 669.2. Avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a fait erreur en exigeant un test non prévu par la loi. La renonciation à un droit de nature procédurale formulée par l'avocat de l'accusé est présumée volontaire, à moins d'une preuve contraire.

A. *L'article 669.2 du Code criminel*

[20] Afin de trancher la question soulevée par le présent pourvoi, il est nécessaire de procéder à un exercice d'interprétation statutaire. L'article 669.2 est ainsi libellé :

Continuation des procédures

669.2 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, lorsqu'un accusé ou un défendeur subit son procès devant, selon le cas :

- a) un juge ou un juge de la cour provinciale;
- b) un juge de paix ou une autre personne qui constitue une cour des poursuites sommaires ou en est membre;
- c) un tribunal composé d'un juge et d'un jury,

et que le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l'autre personne décède ou pour une autre raison devient incapable d'assumer ses fonctions, les procédures peuvent se poursuivre devant un autre juge, un juge de la cour provinciale, un juge de paix ou une autre personne, selon le cas, qui est compétent pour juger l'accusé ou le défendeur.

Lorsqu'une décision a été rendue

(2) Lorsqu'un verdict a été rendu par le jury ou qu'une décision a été rendue par le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l'autre personne devant qui le procès a débuté, le juge, le juge de la cour provinciale, le

whom the proceedings are continued shall, without further election by an accused, impose the punishment or make the order that is authorized by law in the circumstances.

If no adjudication made

(3) Subject to subsections (4) and (5), if the trial was commenced but no adjudication was made or verdict rendered, the judge, provincial court judge, justice or other person before whom the proceedings are continued shall, without further election by an accused, commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken.

If no adjudication made — jury trials

(4) If a trial that is before a court composed of a judge and a jury was commenced but no adjudication was made or verdict rendered, the judge before whom the proceedings are continued may, without further election by an accused, continue the trial or commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken.

Where trial continued

(5) Where a trial is continued under paragraph (4)(a) [*sic*], any evidence that was adduced before a judge referred to in paragraph (1)(c) is deemed to have been adduced before the judge before whom the trial is continued but, where the prosecutor and the accused so agree, any part of that evidence may be adduced again before the judge before whom the trial is continued.

[21] Statutory interpretation involves reading the words of a provision “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

[22] The grammatical and ordinary sense of the words of s. 669.2 is clear. Subsections (3) and (4) are in no way ambiguous. The rule of s. 669.2(3), applicable to a trial by judge alone, is strict: the new judge “shall . . . commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken”. In the case

de juge de paix ou l’autre personne devant qui les procédures se poursuivent doit, sans nouveau choix de la part de l’accusé, infliger une peine ou rendre l’ordonnance que la loi autorise dans les circonstances.

Lorsqu’aucune décision n’a été rendue

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), lorsque le procès a débuté et qu’aucune décision ni aucun verdict n’a été rendu, le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l’autre personne devant qui les procédures se poursuivent doit, sans nouveau choix de la part de l’accusé, recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée.

Pouvoir du juge

(4) Lorsque le procès a débuté devant un tribunal composé d’un juge et d’un jury et qu’aucune décision ni aucun verdict n’a été rendu, le juge devant qui les procédures se poursuivent peut, sans nouveau choix de la part de l’accusé, continuer les procédures ou recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée.

Administration de la preuve

(5) La preuve présentée devant le juge visé à l’alinéa (1)c) est réputée avoir été présentée au juge devant qui se poursuivent les procédures, à moins que les parties ne consentent à la présenter de nouveau, en tout ou en partie.

[21] L’interprétation statutaire consiste à lire les termes de la disposition [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26).

[22] Le sens ordinaire et grammatical du libellé de l’art. 669.2 est clair. Les paragraphes (3) et (4) ne posent aucune ambiguïté. Devant un juge seul, la règle du par. (3) est rigide : le nouveau juge « doit [. . .] recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée ». Devant un juge

of a trial by judge and jury, the rule of s. 669.2(4) is much more flexible: the new judge “may . . . continue the trial or commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken”.

[23] The purpose of this section is to preserve trial fairness. A new judge presiding a jury trial may continue the trial or commence the trial again, whereas a new judge sitting alone is required to commence the trial again. In the first case, the trial can continue without undermining trial fairness, because the “trier of facts”, the jury, is not replaced. The situation is different, however, in the case of a trial by judge alone. Because such a judge is both the judge of the law and the trier of facts, the trial cannot simply be resumed at the same place before a new judge (*Gauthier*, at para. 55 (CanLII)). On the contrary, to require the parties to continue the trial would amount to a breach of procedural fairness.

[24] Until the coming into force of a statutory amendment on February 15, 1995, the former s. 669.2 required that the trial be commenced again regardless of whether the trial was by judge alone or by judge and jury. It seems clear from this amendment that Parliament wanted to distinguish the two modes of trial. Parliament’s intention is evident: where a trial is by judge alone and must be commenced again before a new judge, that judge may not require the parties, or one of them, to file evidence from the first trial. The trial must absolutely be commenced again.

[25] This section, which is included in Part XX of the *Criminal Code*, is found in a division entitled “Jurisdiction”. This means that s. 669.2(3) does not preclude the application of the usual rules with respect to the presentation of evidence: it concerns *jurisdiction*, not evidence.

[26] At the outset of the second trial, both the prosecution and the defence are free to proceed as they see fit as regards the presentation of their evidence. The parties may take the conventional approach, the one based on the view that “[t]he law has . . . favoured the evidence of witnesses who give evidence in court because they can be observed” (*R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 19). But

présidant un jury, la règle du par. (4) est beaucoup plus souple : le nouveau juge « peut [. . .] continuer les procédures ou recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée ».

[23] L’objet de cet article est la protection de l’équité du procès. Le nouveau juge présidant le procès devant jury peut continuer les procédures ou recommencer le procès, alors que le nouveau juge siégeant seul doit recommencer le procès. Dans le premier cas, le procès peut se poursuivre sans nuire à l’équité du procès puisque le « juge des faits », le jury, n’est pas remplacé. La situation est toutefois différente lors d’un procès devant juge seul. Puisque ce dernier est à la fois juge du droit et juge des faits, le procès ne peut simplement reprendre au même endroit devant un nouveau juge (*Gauthier*, par. 55 (CanLII)). Au contraire, imposer aux parties de continuer le procès constituerait une atteinte à l’équité procédurale.

[24] Jusqu’à l’entrée en vigueur d’une modification législative le 15 février 1995, l’ancien art. 669.2 prévoyait l’obligation de recommencer le procès, que le procès ait lieu devant un juge seul ou un juge et un jury. De cette modification législative, il paraît évident que le législateur souhaitait distinguer les deux modes de procès. L’intention du législateur est manifeste : lorsque le procès se déroule devant un juge seul et que le procès doit recommencer devant un nouveau juge, ce dernier ne peut imposer aux parties, ou à l’une d’elles, de verser la preuve faite lors du premier procès. Il doit absolument recommencer le procès.

[25] Insérée dans la partie XX du *Code criminel*, cette disposition se retrouve sous la section « Jurisdiction ». En conséquence, le par. 669.2(3) ne fait pas obstacle à l’application des règles habituelles en matière d’administration de la preuve; cette disposition concerne la *jurisdiction*, et non la preuve.

[26] Dès le début du second procès, tant la poursuite que la défense sont libres de procéder à leur guise en ce qui a trait à l’administration de leur preuve. Les parties peuvent suivre la méthode traditionnelle, soit celle voulant que « le droit favorise le témoignage d’une personne qui dépose au procès, du fait que le tribunal peut l’observer » (*R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 19). Elles peuvent

the parties may also elect — usually without having to justify their decision — to proceed by filing transcripts of prior testimony. Indeed, the Court of Appeal recognized this in saying that [TRANSLATION] “the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge” (para. 33; see also *Gauthier*, at para. 57; *R. v. A.A.*, 2012 ONSC 3270, at paras. 77-78 (CanLII)).

[27] Yet the Court of Appeal required that the new judge conduct a real inquiry. With respect, I am of the view that it erred by requiring a test that is not provided for by law, as is clear from an analysis of the scheme of the *Criminal Code*. When Parliament intends to require that a judge conduct an inquiry, it does so explicitly. For example, s. 606(1.1) of the *Criminal Code* specifically sets out the factors the court must verify before accepting a guilty plea. It is because of the finality of a guilty plea and its extremely serious consequences — the accused forgoes a trial as well as the presentation of the prosecution’s case against him or her — that the judge must ensure the plea is voluntary, unequivocal and informed (*R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at paras. 2-3; *Dallaire v. R.*, 2021 QCCA 785, at para. 17 (CanLII)).

[28] But there is no justification for transposing such an inquiry to a context like the one in the instant case. Electing to file a transcript of testimony from a previous trial does not have the same implications. Although proceeding in this way is not the conventional approach, it is in no way exceptional. This is a tactical decision that resembles other decisions of the same nature, such as choosing to cross-examine a witness, consent to certain admissions or waive a *voir dire* (*Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at pp. 73-75; *R. v. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722 (C.A.), at p. 751). All such decisions can of course have major repercussions on the outcome of a trial, but they do not require preventive intervention by the court. For example, in analogous circumstances, the British Columbia Court of Appeal stated that “[w]here both Crown and defence counsel agree that hearsay evidence is admissible, the judge is not required to embark on an independent inquiry to determine whether their positions are legally sound”

aussi choisir — habituellement sans devoir se justifier — de procéder par le dépôt de la transcription des témoignages antérieurs. D’ailleurs, la Cour d’appel le reconnaît lorsqu’elle mentionne que « l’accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge » (par. 33; voir aussi *Gauthier*, par. 57; *R. c. A.A.*, 2012 ONSC 3270, par. 77-78 (CanLII)).

[27] Malgré tout, la Cour d’appel impose au nouveau juge la tenue d’une véritable enquête. Avec égards, je suis d’avis qu’elle fait erreur en exigeant un test non prévu par la loi, tel qu’il ressort d’une analyse de l’économie du *Code criminel*. Ainsi, lorsque le législateur entend imposer la tenue d’une enquête au juge, il le fait explicitement. À titre d’exemple, le par. 606(1.1) du *Code criminel* prévoit spécifiquement les facteurs qui doivent être vérifiés par le tribunal avant d’accepter un plaidoyer de culpabilité. C’est en raison du caractère définitif du plaidoyer de culpabilité et de ses conséquences capitales — l’accusé renonce à la tenue d’un procès et à la présentation de la preuve que la poursuite détient contre lui — que le juge doit s’assurer que le plaidoyer est libre, sans équivoque et éclairé (*R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 2-3; *Dallaire c. R.*, 2021 QCCA 785, par. 17 (CanLII)).

[28] Rien ne justifie toutefois qu’une telle enquête soit transposée dans un contexte comme celui qui nous occupe. Le choix de déposer en preuve la transcription d’un témoignage recueilli lors d’un procès antérieur n’a pas les mêmes implications. Bien qu’il ne s’agisse pas de la méthode traditionnelle, cette procédure n’a rien d’exceptionnel. Il s’agit d’une décision stratégique similaire à d’autres décisions de ce type, telles que le choix de contre-interroger un témoin, de consentir à certaines admissions ou encore de renoncer à la tenue d’un *voir-dire* (*Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, p. 73-75; *R. c. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722 (C.A.), p. 751). Toutes ces décisions peuvent bien évidemment avoir des repercussions importantes sur l’issue du procès sans pour autant nécessiter l’intervention préventive du tribunal. À titre d’exemple, dans des circonstances analogues, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique exprimait que [TRADUCTION] « [d]ans les cas où tant l’avocat de la Couronne que celui de la défense s’accordent

(*R. v. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441, at para. 38 (emphasis added)).

[29] In sum, this statutory interpretation exercise shows how straightforward the provision is. The only function of s. 669.2(3) is to require a judge sitting alone to commence the trial again. Once the judge has done so, the parties have control over the presentation of their own evidence. Therefore, for the transcript of testimony given at the first trial to be admitted in the second trial as evidence on the merits, all that is needed is that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed (*Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214, at pp. 217-18).

[30] Given that the parties have control over their own evidence, the judge must, absent either circumstances in which the legislation — or the common law — requires an inquiry or any indication to the contrary, presume that the professional experience and judgment of counsel have guided him or her in conducting the case in such a way as to protect the client's fundamental interests (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 27; *White*, at p. 751).

[31] Calling evidence necessarily involves making tactical decisions in which the judge need not intervene. Not only does the judge need not do so, but he or she should in fact refrain from intervening. This Court recently noted the deference owed to counsel in regard to tactical decisions made in the best interests of the client:

... our adversarial system does accord a high degree of deference to the tactical decisions of counsel. In other words, while courts may sanction the conduct of the litigants, they should generally refrain from interfering with the conduct of the litigation itself. In *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at paras. 36-37, this Court explained why judges should be very cautious before interfering with tactical decisions:

pour dire qu'un élément de preuve constituant du ouï-dire est admissible, le juge n'est pas tenu de se lancer de façon indépendante dans une enquête visant à déterminer si leurs positions sont juridiquement valables » (*R. c. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441, par. 38 (je souligne)).

[29] En somme, cet exercice d'interprétation statutaire confirme la simplicité de la disposition. Le paragraphe 669.2(3) n'a comme seule fonction que d'imposer au juge siégeant seul de recommencer le procès. Une fois le procès recommencé, les parties sont maîtres de l'administration de leur preuve. Ainsi, pour que la transcription d'un témoignage rendu lors du premier procès puisse être admise comme preuve au fond dans le cadre du second procès, il suffit que cette transcription soit dûment déposée et que les parties y consentent (*Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214, p. 217-218).

[30] En effet, les parties étant maîtres de leur preuve, le juge, en l'absence de circonstances où la loi — ou la common law — prévoit la nécessité d'une enquête, ou d'indices à l'effet contraire, doit présumer que l'expérience professionnelle et le jugement de l'avocat le guident dans la conduite du dossier de manière à préserver l'intérêt fondamental de son client (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 27; *White*, p. 751).

[31] L'administration de la preuve implique nécessairement la prise de décisions stratégiques dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer. Non seulement le juge n'a pas à le faire, mais il devrait s'abstenir d'intervenir. Notre Cour a récemment rappelé la déférence à laquelle un avocat a droit à l'égard des décisions tactiques qu'il prend dans le meilleur intérêt de son client :

... notre système accusatoire fait effectivement preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. Autrement dit, bien que les tribunaux puissent sanctionner la conduite des parties au litige, ils doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans la conduite du litige en tant que tel. Dans *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36-37, notre Cour explique pourquoi les juges doivent être très prudents avant de s'immiscer dans des décisions tactiques :

In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel . . . [C]ounsel will generally be in a better position to assess the wisdom, in light of their overall trial strategy, of a particular tactical decision than is the trial judge. By contrast, trial judges are expected to be impartial arbiters of the dispute before them; the more a trial judge second-guesses or overrides the decisions of counsel, the greater is the risk that the trial judge will, in either appearance or reality, cease being a neutral arbiter and instead become an advocate for one party. . . . [Emphasis in original deleted.]

(*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 59)

[32] However, s. 669.2 does not eliminate the judge’s residual discretion (see, by analogy, *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 75). As the gatekeeper for trial fairness, the judge retains at all times the power to inquire on his or her own initiative even where doing so is required neither by statute nor at common law. Where there are indications suggesting that the consent of the accused might be vitiated, the court should exercise its residual discretion and investigate further in order to ensure that the consent of the accused to the procedure is voluntary and informed (*Gauthier; Jetté*).

[33] *Gauthier* is of some interest in this regard. In that case, the defence had announced — after all the evidence had been called and all that remained was to render the verdict — that the accused could not afford to have the trial commence again in its entirety owing to a lack of financial resources. In this way, the accused was consenting to all the transcripts from the first trial being filed as evidence on the merits before the judge charged with commencing the trial again and rendering judgment. The Court of Appeal, having indications before it that suggested that the consent of the accused had not been voluntary and informed, ordered a new trial. Because the trial judge had not inquired further into the consent of the accused, the fairness of the trial had been undermined. This leads to the inference that had there been no such indications, an inquiry would probably not have been necessary.

Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats [. . .] [L]’avocat sera habituellement mieux placé que le juge du procès pour apprécier l’opportunité d’une décision tactique particulière en fonction de sa stratégie globale. Le juge du procès, lui, doit agir en arbitre impartial du litige dont il est saisi; plus un juge remet en question ou annule les décisions d’un avocat, plus il risque de s’écarter, en apparence ou dans les faits, de son rôle d’arbitre neutre et de devenir l’avocat de l’une des parties . . . [Italique dans l’original omis.]

(*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 59)

[32] Toutefois, l’art. 669.2 ne retire pas au juge son pouvoir discrétionnaire résiduel (voir, par analogie, *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 75). En tant que gardien de l’équité du procès, le juge conserve toujours le pouvoir de faire enquête, de son propre chef, même si celle-ci n’est pas requise par la loi ou la common law. Lorsque certains indices portent à croire que le consentement de l’accusé pourrait être vicié, le tribunal devrait user de sa discrétion résiduelle et investiguer davantage afin de s’assurer que le consentement de l’accusé à la procédure est libre et éclairé (*Gauthier; Jetté*).

[33] À cet égard, l’affaire *Gauthier* comporte un certain intérêt. Dans cette affaire, la défense avait annoncé — alors que la preuve était close et qu’il ne restait qu’à prononcer le verdict — que l’accusé ne pouvait se permettre que le procès recommence au complet, faute de ressources financières. Ce faisant, l’accusé consentait à ce que l’ensemble des transcriptions du premier procès soient déposées comme preuve au fond devant le juge chargé de recommencer le procès et de rendre jugement. La Cour d’appel, ayant devant elle des indices qui laissaient croire que le consentement de l’accusé n’était pas libre et éclairé, a ordonné un nouveau procès. À défaut pour le juge de première instance de s’enquérir davantage du consentement de l’accusé, l’équité du procès avait été minée. Il y a lieu d’en déduire qu’en l’absence de tels indices, une enquête n’aurait probablement pas été nécessaire.

[34] Before concluding, I emphasize that the accused in the case at bar was represented by counsel. This Court is therefore not required to determine whether the trial judge's duty to a self-represented accused would be different. Allow me nonetheless to digress by making a few comments, although without ruling definitively on this issue. In the case of a self-represented accused, the court has a duty to ensure that the accused can have a fair trial that is respectful of his or her fundamental rights. The judge is at that time [TRANSLATION] "charged with a particular responsibility" to ensure that the trial is fair (*R. v. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359, at para. 47). The judge has, in this sense, a duty to assist the accused (*Guenette v. R.*, 2002 CanLII 7883 (Que. C.A.), at para. 20; *R. v. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284, at para. 110). This duty to assist is [TRANSLATION] "variable", however, as it differs according to the circumstances and is limited to what is reasonable (*M.R. v. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182, at para. 25, citing *Jarrah v. R.*, 2017 QCCA 1869, and *R. v. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281, at para. 13; see also *Richards*, at paras. 110-11). Although the court is not required to give advice to the accused, it must be reasonably certain that the accused is aware of his or her procedural rights. It could be necessary in such circumstances to inquire further into the consent of the accused. I will now return to the matter at hand.

[35] In sum, s. 669.2(3) does not bar a transcript of testimony given at a first trial from being filed as evidence on the merits in a second trial, nor does it require an inquiry by the judge in this regard. Nevertheless, s. 669.2 does not eliminate the judge's power not to allow a transcript to be filed if he or she finds that the prejudicial effect of filing it would undermine the fairness of the trial. A judge who finds that trial fairness is undermined must intervene.

[36] Let us now turn to the situation in this case.

B. *Application*

[37] The trial did in fact commence again before Judge Chevalier. He did not unilaterally require the parties to file the transcripts from the first trial. As I mentioned above, for the transcript of C.D.'s testimony

[34] Avant de conclure, je précise que l'accusé était représenté par avocat dans la présente affaire. Notre Cour n'est donc pas appelée à déterminer si le devoir du juge du procès envers un accusé se représentant seul diffère. J'ouvre tout de même une parenthèse pour formuler quelques remarques, sans toutefois me prononcer définitivement. Lorsque l'accusé se représente seul, le tribunal a le devoir de s'assurer que ce dernier a droit à un procès équitable, respectueux de ses droits fondamentaux. Le juge est, à ce moment, « investi d'une responsabilité particulière » afin d'assurer l'équité du procès (*R. c. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359, par. 47). Il a, en ce sens, une obligation d'assistance envers l'accusé (*Guenette c. R.*, 2002 CanLII 7883 (C.A. Qc), par. 20; *R. c. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284, par. 110). Cette obligation d'assistance est toutefois à « géométrie variable » puisqu'elle diffère selon les circonstances et se limite à ce qui est raisonnable (*M.R. c. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182, par. 25, citant *Jarrah c. R.*, 2017 QCCA 1869, et *R. c. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281, par. 13; voir aussi *Richards*, par. 110-111). Sans avoir à conseiller l'accusé, il incombe au tribunal d'être raisonnablement certain que ce dernier connaît la teneur de ses droits procéduraux. Il pourrait être nécessaire, dans de telles circonstances, de s'enquérir davantage du consentement de l'accusé. Je ferme la parenthèse.

[35] En somme, le par. 669.2(3) n'empêche pas que la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès soit déposée comme preuve au fond lors du second procès, et ce, sans nécessité d'enquête de la part du juge. Néanmoins, l'art. 669.2 ne retire pas au juge le pouvoir de refuser le dépôt d'une transcription s'il est d'avis que son effet préjudiciable minerait l'équité du procès. S'il constate une atteinte à l'équité du procès, il doit intervenir.

[36] Voyons ce qu'il en est en l'espèce.

B. *Application*

[37] Le procès a bel et bien recommencé devant le juge Chevalier. Ce dernier n'a pas, unilatéralement, imposé aux parties de verser les transcriptions du premier procès. Comme je l'ai mentionné, pour

to be admitted in evidence, all that was needed was that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed. Both these conditions were met in this case. The respondent's second trial was fair.

[38] First, I note that it was the prosecution, not the defence, that decided — despite the weaknesses of C.D.'s testimony — not to enhance its evidence and not to call her to testify again. If the prosecution had decided to call C.D. again, the accused could not have objected to that, as she was a witness for the prosecution.

[39] Second, the accused was in no way obligated to consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony. Consenting to the filing of the transcript was a tactical decision, and I would add that this tactic seems to have worked, given that the accused was acquitted on six of the eight counts with respect to C.D.

[40] If the accused had refused to consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony, the prosecution would have had no choice but to have C.D. testify again (there is nothing in the evidence to suggest that the prosecution could not have called her again) or to abandon that evidence. As well, Judge Chevalier could not himself have forced the accused to consent to the filing of the transcript as evidence on the merits, especially given that no exception to the hearsay rule had been raised. What is more, the accused could have withdrawn his consent either before Judge Chevalier or on appeal by claiming, for example, ineffective assistance of his counsel.

[41] But that did not happen. In all likelihood, the accused, on his counsel's advice, considered that it was to his advantage to consent to the filing of the transcript. I would add that at no time did the accused cast any doubt on his consent to proceeding in this way. It was not even included among his grounds of appeal in the Court of Appeal. Before being invited by the Court of Appeal to make submissions on this point, the accused never suggested that his consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony was vitiated or, at the very least, that he had changed his mind.

accepter en preuve la transcription du témoignage de C.D., il suffisait que cette transcription soit dûment déposée au dossier et que les parties y consentent. En l'espèce, ces deux conditions sont remplies. Le second procès de l'intimé était équitable.

[38] En premier lieu, je rappelle que c'est la poursuite, et non la défense, qui a pris la décision de ne pas bonifier sa preuve et de ne pas faire témoigner C.D. à nouveau, malgré les faiblesses de son témoignage. Si la poursuite avait décidé de faire témoigner C.D. à nouveau, l'accusé n'aurait pu s'y opposer, C.D. étant un témoin de la poursuite.

[39] En deuxième lieu, rien n'obligeait l'accusé à consentir au dépôt de la transcription du témoignage de C.D. Consentir à ce dépôt était une décision stratégique — stratégie qui, au surplus, semble avoir fonctionné puisque l'accusé a été acquitté de six des huit chefs d'accusation concernant C.D.

[40] Si l'accusé avait refusé de consentir au dépôt de la transcription du témoignage de C.D., la poursuite n'aurait eu d'autre choix que de faire témoigner C.D. à nouveau (rien dans la preuve n'indique que la poursuite n'aurait pu appeler C.D. à témoigner à nouveau) ou de renoncer à cette preuve. Le juge Chevalier n'aurait pu, lui non plus, imposer à l'accusé de consentir au dépôt de cette transcription pour valoir comme preuve au fond, d'autant plus qu'aucune exception à la règle interdisant le oui-dire n'a été soulevée. Qui plus est, l'accusé aurait pu retirer son consentement, devant le juge Chevalier ou en appel, en invoquant, par exemple, l'assistance ineffective de son avocat.

[41] Or, il n'en est rien. Vraisemblablement, l'accusé, conseillé par son avocat, a jugé qu'il était à son avantage de consentir au dépôt de la transcription. D'ailleurs, je note qu'en aucun temps l'accusé n'a laissé planer un quelconque doute quant à son consentement à procéder de cette façon. Il ne s'agissait même pas de l'un de ses moyens d'appel devant la Cour d'appel. Avant d'être invité à faire des représentations à cet égard par la Cour d'appel, l'accusé n'a jamais évoqué que son consentement au dépôt de la transcription du témoignage de C.D. était vicié ou, à tout le moins, qu'il avait changé d'idée.

[42] Contrary to the situation in *Gauthier*, there were no indications in the instant case that might have led Judge Chevalier to question the consent of the accused. When he received the parties' consent, he was satisfied that the fairness of the trial was assured. The fact that Judge Chevalier presumed that the consent of the accused was valid does not constitute procedural unfairness. On the contrary, it is consistent with the guiding principles of criminal procedure.

[43] Furthermore, the Court of Appeal erred in concluding that, because the transcript of C.D.'s testimony was [TRANSLATION] "important evidence in a case in which credibility was key", Judge Chevalier should not have admitted it without ensuring that the respondent's consent was voluntary, informed and unequivocal and that its filing would not undermine the fairness of the trial (para. 37). Conducting a defence necessarily involves making tactical decisions in which the judge need not intervene, especially when the accused is duly represented by counsel. The fact that credibility is in issue changes nothing in this case.

[44] As the appellant explains,

[TRANSLATION] [t]he effect of the Court of Appeal's decision is that it is hard, if not impossible, to imagine a case in which the judge before whom a trial commences again can admit in evidence a transcript of testimony of a victim of a crime whose credibility is in issue. Only ancillary testimony would be compatible with the stated conditions. The Court of Appeal is practically prohibiting an accused from consenting to the filing of such evidence upon the resumption of the trial.

(A.F., at para. 48)

[45] As to the counts with respect to S.D., I find that the Court of Appeal also erred in ordering a new trial solely on the basis that C.D.'s testimony was a relevant factor in the assessment of the acts committed against S.D.

[46] C.D.'s testimony was not necessary in order to find the accused guilty on the counts involving S.D. In

[42] Contrairement à la situation qui prévalait dans l'arrêt *Gauthier*, il n'y avait aucun indice dans le cas présent qui aurait pu mener le juge Chevalier à remettre en question le consentement de l'accusé. Au moment où ce dernier recevait le consentement des parties, il était satisfait du maintien de l'équité du procès. Le fait que le juge Chevalier ait présumé de la validité du consentement de l'accusé ne constitue pas une iniquité procédurale. Au contraire, cela s'harmonise avec les principes directeurs en matière criminelle.

[43] De plus, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge Chevalier aurait dû refuser le dépôt de la transcription du témoignage de C.D., à moins de s'assurer que le consentement de l'intimé était libre, éclairé et non équivoque et que le dépôt ne porterait pas atteinte à l'équité du procès, puisqu'il s'agissait « d'une preuve importante dans un dossier où la crédibilité est capitale » (par. 37). L'administration de la défense implique nécessairement la prise de décisions stratégiques dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer, surtout lorsque l'accusé est dûment représenté par un avocat. Qu'il soit question de crédibilité n'y change rien en l'espèce.

[44] Comme l'expose l'appelante,

[s]uivant l'arrêt de la Cour d'appel, il devient difficile, voire impossible, d'envisager un cas où le juge, devant qui le procès recommence, pourrait accepter le dépôt en preuve de la transcription d'un témoignage d'une victime d'un acte criminel dont la crédibilité est en jeu. Seuls les témoignages accessoires permettraient de respecter les conditions édictées. La Cour d'appel interdit pratiquement à un accusé de consentir au versement d'une telle preuve à la reprise de son procès.

(m.a., par. 48)

[45] En ce qui a trait aux chefs d'accusation relatifs à S.D., je suis d'avis que la Cour d'appel a également commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès au seul motif que le témoignage de C.D. était un facteur pertinent dans l'évaluation des gestes posés à l'égard de S.D.

[46] Le témoignage de C.D. n'était pas nécessaire pour déclarer l'accusé coupable des chefs impliquant

assessing the evidence with respect to S.D., Judge Chevalier used the transcript of C.D.'s testimony to only a limited extent. And that limited use did not have the effect of vitiating all of the findings of fact (independent of C.D.'s testimony) Judge Chevalier reached.

[47] It is clear from Judge Chevalier's reasons that he was satisfied, independently of C.D.'s corroboration — which, as I said, was not necessary — that the assaults alleged by S.D. actually took place. Judge Chevalier stated that he believed S.D. [TRANSLATION] “because of the consistency between what he said and the accounts he had given previously, because of the lack of any sort of collusion with his sister, whom he even contradicted at times, and because of the objectivity he displayed in testifying, despite the contradictions by the accused and Ms. G., regarding the photos in particular” (para. 115 (CanLII)). Judge Chevalier then added that he [TRANSLATION] “believes [S.D.]’s testimony and is satisfied beyond a reasonable doubt that the other types of sexual assault he experienced . . . the descriptions of which are very detailed, took place” (para. 118). As a result, [TRANSLATION] “[t]his limited corroboration could not cast doubt on the conclusion concerning S.D.’s credibility” (A.F., at para. 104).

[48] In sum, because the parties had agreed to proceed with the filing of the transcript of C.D.'s testimony, Judge Chevalier had only to determine the weight to be given to it. The absence of C.D. at trial goes to the weight of her testimony, not to its admissibility (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 79). The Court of Appeal should not have questioned the valid consent of the accused, which resulted from the exercise of reasonable professional judgment. That tactical decision by his counsel “[fell] within the wide latitude afforded counsel in the conduct of the case” (I.F., at para. 13).

[49] In conclusion, I must specify that it would not be appropriate to remand the appeal to the Court of Appeal. The accused has appealed to this Court on only a single issue and has neither reiterated nor

S.D. Dans le cadre de son évaluation de la preuve concernant S.D., le juge Chevalier n'a utilisé la transcription du témoignage de C.D. que de manière limitée. Et cette utilisation limitée n'a pas eu pour effet de vicier toutes les conclusions de fait (indépendantes du témoignage de C.D.) auxquelles le juge Chevalier est arrivé.

[47] Il ressort clairement de son jugement que le juge Chevalier était convaincu, indépendamment de la corroboration de C.D. — non nécessaire rappelons-le — que les agressions alléguées par S.D. ont bel et bien eu lieu. Le juge Chevalier affirme qu'il croit S.D. « pour la cohérence de ses propos avec les versions antérieures qu'il a données, pour l'absence de collusion de quelque sorte avec sa sœur qu'il a même contredite par moments, pour l'objectivité qu'il a manifestée en témoignant, et ce malgré les contradictions apportées par l'accusé et madame G., notamment au sujet des photos » (par. 115 (CanLII)). Plus loin, le juge Chevalier ajoute qu'il « croit le témoignage de [S.D.] et est convaincu hors de tout doute raisonnable de la survenance des autres types d'agressions sexuelles qu'il a subies, [. . .] et dont les descriptions sont très détaillées » (par. 118). Ainsi, la « conclusion concernant la crédibilité de S.D. ne pouvait pas être remise en doute par cette corroboration limitée » (m.a., par. 104).

[48] En somme, comme les parties se sont entendues pour procéder avec le dépôt de la transcription du témoignage de C.D., le juge Chevalier n'avait qu'à soupeser le poids à lui accorder. L'absence de C.D. au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité de son témoignage (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 79). La Cour d'appel n'aurait pas dû remettre en cause le consentement valide de l'accusé, lequel découlait de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. Cette décision stratégique, formulée par son avocat, [TRADUCTION] « [relevait] de la grande latitude accordée aux avocats dans la conduite de leur cause » (m. interv., par. 13).

[49] En terminant, je précise qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel. En effet, l'accusé n'a saisi notre Cour que d'une seule question et n'a ni réitéré ni insisté sur les autres moyens qu'il

stressed the other grounds he raised in the Court of Appeal. To return the case to that court would not be an efficient use of judicial resources.

VI. Conclusion

[50] I would allow the appeal. The convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13 are restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Gatineau.

Solicitors for the respondent: Noël et Associés, Gatineau.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

avait soulevés devant la Cour d'appel. Retourner l'affaire ne serait pas une utilisation efficace des ressources judiciaires.

VI. Conclusion

[50] Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13 sont rétablis.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Gatineau.

Procureurs de l'intimé : Noël et Associés, Gatineau.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.